aber gerade auf kleine Zeiträume, welche man, als unbedeutend, nicht in Anschlag bringt [16].

est quidem dici, te non teneri. — Sed modicum tempus statuendum est, *non minus decem dierum*, ut exactio celebretur.

16) L. 21. de jud. Dandumque diem, — neque enim magnum damnum est in mora modici temporis. In L. 1. §. 1. de itinere actuque priv. werden sogar dreißig Tage als modicum tempus genannt.

IV.

Ueber die reformatio in pejus.

Von Mittermaier.

§. 1.

Zu den in den Gerichtshöfen als unbestreitbar angenommenen Sätzen gehört auch der [1]), daß eine reformatio in pejus unzulässig sey, und man versteht darunter jede von einem Obergerichte gemachte Abänderung eines Urtheils zum Nachtheile desjenigen, welcher dagegen Rechtsmittel ergriffen hat. Die Sache wird nicht selten höchst interessant, und Beispiele mögen sie verdeutlichen. 1) Wenn z. B. Jemand eine Entschädigungsklage anstellte, und das Gericht erster Instanz den Beklagten zur Zahlung von 40 Thlr. verurtheilt, Kläger hierauf, ohne daß der Beklagte von seiner Seite appellirt, wegen der zu geringen Summe Rechtsmittel ergreift, kann das Obergericht, welches sich überzeugt, daß der Kläger mit der

1) Danz ordentl. Prozeß §. 415. Martin Lehrbuch des Prozess. §. 265. Not. f. v. Kamptz Beitr. zum Mecklenburg. Staats- und Privatr. VI. Thl, S. 142. Berg Rechtsfälle und Beobachtungen IV. Thl. S. 123.

Entschädigungsklage ganz hätte abgewiesen werden sollen, jetzt noch offenbar zum Nachtheile des Klägers die Abweisung aussprechen, oder muß das vorige Urtheil bestätigt werden? 2) Wenn das Gericht erster Instanz in einer Schwängerungssache der Klägerin den Erfüllungseid auflegte und das Obergericht, nachdem die Klägerin darüber Rechtsmittel ergriffen hat, daß der Beklagte nicht pure verurtheilt worden ist, findet, daß gar kein Beweis erbracht und daher der Erfüllungseid nicht begründet war, darf die Klage abgewiesen werden? oder 3) wenn in einem ähnlichen Falle dem Urtheile erster Instanz der Reinigungseid auferlegt worden ist, und nun der Beklagte darüber sich beschwert, daß die Klägerin nicht abgewiesen worden ist, darf das Obergericht, welches sich aus den Acten überzeugt, daß der Beweis von der Klägerin so weit erbracht war, daß ihr der Erfüllungseid hätte aufgelegt werden müssen, das vorige Urtheil abändern, wenn die Klägerin nicht appellirt oder adhärirt hatte? 4) Oder wenn in einem Falle, in welchem eine Injurienklage angestellt war, das erste Gericht dem Kläger den Beweis des animi injuriandi auflegte und Kläger jetzt appellirt, indem er glaubt, daß der Beklagte sogleich hätte verurtheilt werden sollen, kann das Gericht zweiter Instanz, welche findet, daß die Injurienklage völlig unbegründet war, die Klage abweisen, ohne den Beweis nachzulassen 5) oder in einem Falle in welchem der Kläger auf die Herausgabe einer Wiese klagte, weil bei dem frühern Vertrage ein Wiederkaufsrecht vorbehalten gewesen sey, wurde der Beweis dem Kläger aufgelegt, daß das erwähnte Recht bei dem Vertrage bedungen worden sey. Kläger appellirte, indem er glaubte, daß er den Beweis schon hinreichend durch die produzirten Documente erbracht hätte. Das Obergericht fand aber daß der Punkt der Legitimation zur Sache auf keine Weise hergestellt sey; mußte vorerst auf die Berichtigung dieses Punktes gesprochen, oder sollte das vorige Erkenntniß bestätigt werden, da sich der Beklagte nicht beschwert hatte und Klägers Be-

schwerde unbegründet befunden war? Sobald man der Theorie des unbedingten Verbots der reformatio in pejus huldigt, so muß in allen diesen Fällen das höchste materielle Unrecht von dem Obergerichte mit der Ueberzeugung vom Daseyn dieses Unrechts ausgesprochen werden, weil dem Richter die Hände gebunden sind, und er besorgen muß, angeblich wohlerworbene Rechte zu verletzen, wenn er reformiren würde; daher müßte in allen diesen Fällen das vorige Erkenntniß bestätigt werden. Löset man den Fall, in welchem die reformatio in pejus eintreten soll, genauer auf, so muß er immer von der Art seyn, daß eigentlich beide Partheien hätten appelliren können; da, wo nun blos eine Parthei Rechtsmittel ergriff, würde durch eine reformatio in pejus zum Vortheile der andern Parthei, welche nicht appellirt, erkannt werden; wenn in dem obigen Falle nr. 1. der Beklagte mit dem Urtheile nicht hätte zufrieden seyn wollen, so hätte er appelliren müssen; da er nun dieß nicht gethan hat, so kann auch das Gericht nichts zu seinem Vortheile erkennen, und daß dieß nicht geschehe, darauf hat selbst der Appellant ein Recht. Aufgeklärt wird auch das hier in Frage stehende Verhältniß durch die von Almendingen [2]) erzählten Fälle. Aus einer abgeschlossenen Rechnung klagte A gegen B; der Beklagte setzte dem nicht geläugneten Rechnungsabschluße die Einrede der Trunkenheit entgegen; der Richter erster Instanz verurtheilte den Beklagten auf die erwiesene Klage, und verwarf stillschweigend die derselben entgegengesetzte Einrede. Der Beklagte appellirte. Der Spruch zweiter Instanz erging dahin, daß der Kläger den Grund seiner Klage besser zu beweisen habe; in dritter Instanz appellirte der Kläger und verlangte die Wiederherstellung des ersten Urtheils. Nach Almendingen erfolgte eine Ordination dahin, daß zwar die Klage für bewiesen zu halten, und Beklagter zur Bezahlung des Rückstandes anzuweisen, jedoch ihm der Beweis seiner

2) Almendingen Metaphysik des Prozesses S. 215.

jenem Anerkenntniß entgegengesetzten Einrede der Trunkenheit vorzubehalten sey. Hätte man der Theorie der reformatio in pejus gefolgt, so hätte das vorige Urtheil lediglich bestätigt, oder das erste Urtheil wieder hergestellt werden müssen. — In einem andern Falle machte die Ehefrau des X ihren Ehemann nach 7 monatlicher Ehe zum putativen Vater eines Kindes welches der Amtmann Y sollte erzeugt haben. Die Scheidungsklage wurde durch die vom Amtmanne geleistete Abfindung des Ehemanns und durch versprochene Alimentation des Kindes verhindert; da jedoch der Amtmann nicht das Versprechen erfüllte, so klagten die Eheleute auf Alimentation, indem sie auf die Vaterschaft und das Versprechen des Beklagten sich stützten; der Beklagte läugnete beide Fundamente. Die Kläger producirten zum Beweise der Vaterschaft einen von einem verstorbenen Kapuziner angeblich geschriebenen Brief; das Gericht interloquirte auf Beweis der Thatsache daß der verstorbene Kapuziner den Brief geschrieben habe. Beide Theile waren durch dieß Interlocut verlezt, und zwar die Kläger, indem der Beweis des zweiten behaupteten Klagfundamentes des Alimentationsversprechens des Beklagten ihnen abgeschnitten war, der Beklagte aber dadurch, daß man einen solchen irrelevanten Beweis zugelassen hatte. Nur der Beklagte hatte aber appellirt; Almendingen sucht nun zu rechtfertigen, daß eine Ordination erlassen wurde, nach welcher das Obergericht das vorige Urtheil aufhob, und dem darin vorgeschriebenen Beweisthema, den Beweis des von den klagenden Appellanten behaupteten Alimentationsversprechens substituirte. Da die Kläger nicht appellirt hatten, so scheint offenbar dies Urtheil eine reformatio in pejus in Bezug auf den Appellanten enthalten zu haben, wogegen die Praxis sich erklärt haben würde.

§. 2.

Frägt man nun, woher dies angebliche Verbot der erwähnten reformatio komme, so wird man zwar zuweilen auf

ein Gesetz [3]) hingewiesen, am gewöhnlichsten aber wird das Verbot aus den Fundamentalgrundsätzen des Prozesses zu rechtfertigen gesucht, und dem Ungläubigen, welcher gesetzliche Gründe zu erfahren wünscht, wird die constante Praxis entgegengehalten. Betrachtet man das angeführte Gesetz genauer, so findet man freilich die Worte: in pejus reformet, und begreift daher, wie die Bezeichnung in der Praxis entstehen konnte, allein man überzeugt sich bald, daß nicht entfernt ein Verbot wie die Praxis dasselbe aufführt, darin vorkömmt, indem der Jurist in seinem Werke über Appellationen, nachdem er überhaupt von dem häufigen Vorkommen und von der Absicht der Appellirenden gesprochen hat, daß die Folgen der Ungerechtigkeit oder Ungeschicklichkeit der Richter durch die Appellation geheilt werden möchten, die natürliche Bemerkung hinzufügt, daß nicht immer das wirklich gescheidere Urtheil Folge der Appellation ist, vielmehr oft ein schlechteres Urtheil entsteht, und wer, welcher weiß, daß nicht immer das Urtheil zweiter Instanz das materiell gerechte ist, obgleich es das formell gerechte ist, mag läugnen, daß der Jurist auch diesesmal Recht hatte? Faßt man aber den Satz: daß kein Richter höherer Instanz ein Urtheil zum Nachtheile desjenigen, welcher dagegen Rechtsmittel ergriffen hat, reformiren dürfe, im Zusammenhange mit den Vorschriften unserer Gesetze über die Gemeinschaftlichkeit der Appellation auf, und vergleicht man insbesondere den Ausspruch Justinians [4]) nach welchem nicht blos der Appellat das Recht haben soll, seine Beschwerden noch vorzubringen (woraus die Praxis das Recht zu adhäriren gemacht hat), sondern auch durch die Worte: si absens fuerit, nihilominus judicem per suum vigorem ejus partes adimplere der Richter ermächtigt und aufgefordert wird, zum Besten des Appellanten zu handeln und daher bei seinem Urtheile auf die aus den Akten hervor-

3) L. 1. D. de apellat.
4) L. 39. Cod de apellat.

gehenden dem Appellaten vortheilhaften Gründe Rücksicht zu nehmen, so weiß man sich nicht zu erklären, wie die Praxis sich über den bestimmten Ausspruch hinwegsetzen kann. Diejenigen nun, welche das Verbot der reformatio aus allgemeinen Gründen vertheidigen, berufen sich 1) auf die Rechtskraft, und behaupten, daß der Appellant ein Recht erworben habe, daß das Urtheil höherer Instanz nicht nachtheiliger als das der ersten ausfalle, indem der Appellat welcher von seiner Seite hätte appelliren können, das Urtheil in Rechtskraft, soweit es ihm nachtheilig war, übergehen ließ, was sich auch deutlich als ein Verzicht von Seite des Appellanten ausspreche, weil dieser gewußt hätte, daß nur durch Ergreifung von Rechtsmitteln eine Abänderung des Urtheils bewirkt werden könne, und dennoch die Rechtsmittel unterlassen, offenbar also in das Urtheil eingewilligt hätte. Wenn daher z. B. im oben angeführten Falle no. 1. der Beklagte zu 40 Thlr. Entschädigung verurtheilt wurde, so mußte er, wenn er das Urtheil abändern lassen wollte, dagegen appelliren, that er dieß nicht, so erklärte es sich bereit die 40 Thl. zu bezahlen, und der Appellant, welcher sich deswegen beschwert, daß eine so geringe Entschädigungssumme zugesprochen worden sey, hat auf jeden Fall ein erworbenes Recht auf 40 Thlr., so daß der obere Richter zum Nachtheile dieses Rechts das Urtheil nicht reformiren könne. 2) Einen andern Grund des Verbots der reformatio finden die Praktiker in der Verhandlungsmaxime und dem Grundsatze, daß der Richter nicht von Amtswegen im deutschen Prozesse thätig seyn dürfe, wäre aber dem Richter zweiter Instanz das Recht gegeben, in pejus zu reformiren, so würde, wie man behauptet, der Richter von Amtswegen für den Appellaten thätig seyn und Beschwerden, die er hätte stellen müssen, ergänzen. So wenig in erster Instanz der Richter Einreden ergänzen könne, so wenig dürfe wie man sagt, der obere Richter Beschwerden als aufgestellt annehmen, und in dieser Voraussetzung Urtheile fällen. Dies könne, wie man 3) anführt um so weniger ge-

schehen, als ja die Appellation nur nach dem Maaße der aufgestellten Beschwerden der Prozeß an den oberen Richter devolvire und seine Gerichtsbarkeit begründe, daher auch in allen Fällen der obere Richter ein Urtheil nur in soweit abändern könne, als Beschwerden dagegen gestellt wären. Auch findet man 4) in dem Grundsatze: daß in Criminalsachen der Richter oberer Instanz kein Schärfungsrecht der Strafe habe, einen gewichtigen Grund für die Annahme des Verbots der reformatio in pejus.

§. 3.

Die bisher aufgeführten Gründe bedürfen einer genaueren Prüfung, insbesondere muß vorerst die Berufung auf die Rechtskraft geprüft werden. Sollte das von den Praktikern behauptete Argument richtig seyn, so müßte auch eine theilweise Rechtskraft eines Erkenntnisses vertheidigt werden können. Dieß könnte aber in einem dreifachen Sinne genommen werden und führt zu den Fragen: a) Wenn ein Urtheil mehrere cumulirte Forderungen oder mehrere Rechnungsposten entscheidet, und nur wegen der Entscheidung einiger Punkte Rechtsmittel ergriffen worden sind, dürfen einige Punkte des Urtheils als rechtskräftig entschieden, andere dagegen als noch streitig betrachtet werden? b) Ist ein Urtheil einer theilweisen Rechtskraft in so fern fähig, daß wenn Forderungen und Gegenforderungen, Klagen und Einreden in den Verhandlungen collidirten, das Urtheil als rechtskräftig in Ansehung der Klage gelten kann, während die Rechtskraft nicht auf die Einrede wirke. Wenn z. B. der Beklagte die sogenannte exceptio non numeratae pecuniae, und zugleich die Einrede des Betrugs entgegengestellte und wenn dem Kläger der Beweis der geschehenen Baarzahlung aufgelegt wäre, ohne daß im Urtheile über die Einrede des Betrugs erkannt wäre, so daß man die Einrede als stillschweigend anerkannt ansehen kann, darf man behaupten, daß wenn nur der Kläger gegen das Interlokut appellirt hat, das Ur-

theil als rechtskräftig über die exceptio doli anzusehen ist? c) Ist ein Urtheil insofern einer theilweisen Rechtskraft fähig, daß wenn eine Parthei dagegen appellirt und der andere Theil weder appellirt noch adhärirt, der nämliche Punkt für den zweiten als unumstößlich und rechtskräftig entschieden und für den Ersten als nicht rechtskräftig abgeurtheilt gehalten werden darf? Vorerst darf wohl bemerkt werden, daß die Ansicht, als ob die appellirende Parthei aus dem ergangenen Urtheile ein jus quaesitum darauf habe, daß nicht in zweiter Instanz härter erkannt werde, völlig irrig ist, denn, da der Appellant das erste Urtheil gar nicht anerkennt, und dagegen Rechtsmittel ergreift, so kann er sich doch auf das Urtheil nicht berufen, und es für sich anführen und nur aus dem Verzichte des andern Theils, welcher durch Unterlassung der Rechtsmittel erklärt, daß er sich beruhige, ließe sich das angebliche jus quaesitum ableiten. Untersucht man nun das Wesen der Rechtskraft nach den Gesetzen, welche die Grundlage des gemeinen Prozesses ausmachen, so kann kein Zweifel darüber seyn, daß nach römischen Rechte von einer Rechtskraft so lange nicht die Rede seyn konnte, als nicht der ganze Prozeß durch ein definitives Urtheil entschieden war; in diesem Sinne konnte der Sieger in seiner actio judicati wegen Vollziehung sich auf das Urtheil beziehen [5]) und der Beklagte welcher auf ein ihn lossprechendes Urtheil sich berufen konnte, erwarb daraus eine exceptio [6]). Niemanden fiel es aber ein, so lange nicht eine definitive condemnatio oder absolutio vorhanden war [7]), von einer Rechtskraft zu sprechen, und da nach römischem Prozesse gegen Interlokute keine Appellationen Statt fanden und der Prozeß ohnehin nicht wie unser heutiges Verfahren in bestimmte

5) Gaji instit. III. 180. IV. 114. Mühlenbruch doctrin. Pandect. §. 163.
6) Tit. Dig. de except. rei jud.
7) C. 1. D. de re judicat.

scharf getrennte Perioden zerfiel, so konnte auch von rechtskräftigen Interlokuten keine Rede seyn und keinem Kläger, welcher erst noch wegen eines Theils des Erkenntnisses appellirte, konnte es in den Sinn kommen, von der res judicata der andern Theile des Urtheils zu sprechen, weil ja überhaupt erst mit völlig beendigten Verfahren jemand auf res judicata sich berufen konnte und die ratio: ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem [8]) nur auf definitiv entschiedene Prozesse ging, daher darf man auch glauben, daß den römischen Appellationsrichter kein Grund der Rechtskraft hinderte, das erste Urtheil auch so zu ändern, daß eine reformatio in pejus in unserm Sinne entstanden wäre, und die Worte: absentis partes adimplere [9]) dürften keinen Zweifel übrig lassen. Durch die Ausbildung des schriftlichen Prozesses, und förmlichen Interlokute, gegen welchen nach canonischen Rechte Appellation zuläſsig war, entstand auch die Ansicht, daß das Interlokut in Rechtskraft übergehe, und der obere Richter darüber nicht weiter erkennen dürfe; daran reihte sich bald auch die Ansicht, daß ein ergangenes Urtheil in seine Theile aufgelöst werden könne, und nur soweit ein Prozeß an das Obergericht devolvirt würde, als gegen das Urtheil bestimmte Beschwerden aufgestellt wären; da man nun überhaupt die Wirkung daß ein Urtheil unabänderlich würde, Rechtskraft nannte, so kam man bald dazu, von einer theilweisen Rechtskraft zu sprechen, um so mehr als man den Grund der Rechtskraft in dem stillschweigend dargelegten Willen der Partheien, sich dem richterlichen Ausspruche zu unterwerfen, fand [10]). Dazu kam noch die consequente Fortbildung der Verhandlungsmaxime, als deren Folge der Satz galt: daß der Richter ebensowohl bei der Abfassung des ersten Urtheils, als bei

8) C. 6. D. de exc. rei judic.
9) In c. 39. Cod. de adeatl.
10) L. B. Almendingen Metaphysik des Civilprozeſs. S. 162.

der Abänderung der Urtheile in oberer Instanz an die Anträge der Partheien gebunden sey. Allerdings konnte der Appellat welcher die gesetzliche Frist hatte verstreichen lassen, an die Appellation seines Gegners sich anschließen und adhaerendo seine Beschwerden geltend machen, aber dann hatte man ja ein ausdrückliches Verlangen des Appellaten und dadurch war die Thätigkeit des Richters hinreichend wirksam gemacht. Diese Ansicht der Praxis alles auf den Verzicht zu stellen und dem oberen Richter auch kein weiteres Recht zur Abänderung der Urtheile zu geben, als so weit die Partheien bestimmt aufforderten, schien auch eine Rechtfertigung durch die Prozeßpolitik und das Interesse des Staats an der Abkürzung der Prozesse zu erhalten, und das ganze System über Attentate das übliche Verfahren über provisorische Vollstreckung, die Anerkennung des Rechts der Partheien dem Rechtsmittel zu entsagen, die Lehre von den Folgen der Versäumniß der Termine wurde damit bald in Harmonie gebracht und jeder welcher den Gerichtsgebrauch als eine der wichtigsten Quellen des Prozesses erkennt, muß auch zugeben, daß der Richter sich nicht willkürlich wegen einzelner Stellen, die eine andere Anwendung zu fordern scheinen, über die Aussprüche der Praxis hinwegsetzen, daß er vielmehr nur in dem Sinne das Gesetz anwenden darf, welcher die Stelle durch den Gerichtsgebrauch erhalten hat. Alles kömmt jetzt nur darauf an: wie weit unter der Voraussetzung der Wahrheit dieser Ansicht der Verzicht und die präsumtive stillschweigende Unterwerfung der Partheien unter das Urtheil wirken und den Richter in der Entscheidung wahrhaft beschränken kann. Hier hängt die Beantwortung der Frage von der Stellung der Partheien zum Richter im Prozesse ab. So unbedingt in Ansehung des Materials der Entscheidung und der Gesuche (conclusionen)[11]) die Dis-

11) S. meine Schrift: der gemeine deutsche bürgerlich. Prozeß. 1ster. Beitrag S. 78.

position der Partheien darüber entscheiden kann, ob sie einen gewissen Anspruch begründen oder fallen lassen will, und wie viel sie verlangen mag, eben so gewiß ist es, daß über die Form des Verfahrens und die Art des Vorbringens nur eine sehr beschränkte Verfügungsfähigkeit der Parthei zustehe. Obwohl zwar zuviel behauptet ist, wenn man die Zulässigkeit eines conventionellen Prozesses überhaupt läugnen will, wenn vielmehr die Partheien wechselseitig sich Verpflichtungen erlassen können, welche zu ihrem Vortheile als Regel sonst vorgeschrieben sind, z. B. bei Eidesleistungen der Zeugen, wenn auch die Partheien unter den verschiedenen gesetzlich gestatteten Mitteln Rechte zu verfolgen wählen können, so geht doch ihr Recht nie soweit, daß sie a) eine der gesetzlichen Grundform des Verfahrens widersprechende Verhandlungsweise durch wechselseitigen Consens einführen, z. B. eine öffentliche Prozedur oder die preußische Prozeßform in Ländern des gemeinen Rechts verlangen könnten, oder b) daß sie den Richter nöthigen dürften, etwas völlig formloses und gesetzlich fehlerhaftes wegen des Schweigens der Partheien als eine gehörige Grundlage der Entscheidung anzuerkennen, z. B. eine völlig inepte Klagschrift anzunehmen, oder c) daß sie durch ihre Verabredung dem Verfahren eine solche Wendung geben könnten, daß unter der Gestalt eines gerichtlichen Prozesses eigentlich nur eine Vergleichsverhandlung fortgesetzt würde. Zu diesen bisherigen Rücksichten kömmt noch eine neue, durch die Frage: welche Theile der Verhandlung und daher des Erkenntnisses stehen unter sich in einem solchen Zusammenhange daß sie gar nicht getrennt werden können, und daher der Streit über einen Theil zugleich den Streit über den andern enthält. Wenn zwar in einem Prozesse das Vorbringen der Partheien e i n Ganzes bildet und daher Einreden, Repliken und Dupliken mit der Klage zusammenhängen, so läßt sich doch jeder Anspruch des Klägers in seine Theile auflösen, und der Kläger kann auf die Hälfte seiner Forderung verzichten, ohne daß die andere wegfällt; eben so

besteht jede Einrede unabhängig von der andern [12]) und jede Gegenforderung als selbstständig zu verfolgender Anspruch; der Streit geht fort, wenn auch der Beklagte eine seiner Einreden oder eine Gegenforderung fallen läßt; dagegen giebt es Punkte in der Verhandlung, welche in so nothwendigem Zusammenhange mit anderen stehen, daß sie gar nicht herausgerissen werden können, so daß daher ihre Entscheidung zugleich mit der Entscheidung des andern Punkts dem Richter vorliegen muß, z. B. der Punkt der legitimatio ad causam. In allen Fällen nun, in welchen in erster Instanz das Verfügungsrecht der Partheien über den Streit beschränkt ist, in allen diesen bleibt es auch in der obern Instanz limitirt, und eine angebliche Rechtskraft kann auf diese Punkte nicht bezogen werden. Wenn auch die Regel gilt, daß der Effect des Rechtsmittels nicht weiter gehen kann, als die causa [13]) so ist es auch eben so richtig, daß der Richter oberer Instanz auch über die nicht ausdrücklich an ihn devolvirten Punkte erkennen dürfe, wenn sie solche sind, welche entweder a) mit anderen zur Entscheidung devolvirten unzertrennlich verbunden sind, oder b) worüber ein Verzicht der Partheien eben so wenig als die darauf gegründete Rechtskraft entscheiden kann. [14]). Hier kann der Appellant kein Recht auf Unabänderlichkeit der Sentenz erworben haben, weil der Punkt stillschweigend und nothwendig an die obere Instanz als devolvirt gilt, und aus dem Schweigen des Appellaten kann keine stillschweigende Unterwerfung gefolgert werden, weil selbst eine ausdrückliche keinen Einfluß haben durfte. Hier steht daher der obere Richter unbeschränkt da, wenn auch keine Beschwerde über einzelne Punkte gestellt war und

12) Deutlich anerkannt in L. 25. D. De probat. l. 9. D. und Cod. de except.

13) Wie z. B. Böhmer in elect. jur. civil. f. 1. p. 438. es ausdrückt.

14) Kind quaest. forens f. II. p. 365.

seine Abänderung des Erkenntnisses ist keine reformatio in pejus.

§. 2.

Wendet man diese Grundsätze auf einzelne Fälle an, so ist es 1) richtig, daß eine reformatio in pejus immer unzuläßig ist, wenn das Urtheil über mehrere von einander völlig trennbare Punkte entschied, z. B. über mehrere cumulirte Klagen, oder über Klage und Widerklage oder mehrere Gegenforderungen, und eine Parthei nur gegen den Ausspruch über einen Punkt Rechtsmittel ergreift; daß hier das Urtheil über die übrigen Punkte in Rechtskraft überging, folgt aus der Trennbarkeit der Punkte und den Regeln des Verzichts. 2) Das Nämliche gilt, wenn es auf gewisse Summen, deren Festsetzung dem Richter oblag, ankömmt, z. B. bei Entschädigungsklagen; wenn hier das erste Urtheil den Beklagten zu einer gewissen Summe verurtheilte und er deswegen Rechtsmittel ergriff, so verlangt allerdings die der Appellation zum Grunde liegende Ansicht, daß der Richter nicht zur höhern Summe verurtheile, auch wenn er glaubt, daß der erste Richter zu gering taxirt habe, vorausgesetzt daß der Kläger wegen der geringen Summe keine Rechtsmittel ergriff. 3) Auf andere Art gestaltete sich aber die Sache z. B. in dem von Reinhard [15]) angeführten Falle. Wenn z. B. der Kläger wegen einer Ohrfeige 30000 Fl. vom Beklagten gefordert, und der Richter auf Beweis der Injurie erkannt hätte, ohne für den Fall des zu erbringenden Beweises über die Summe etwas festzusetzen. Wenn nun hier der Kläger appellirte, daß man erst noch einen Beweis für nöthig erachtet habe und wenn der obere Richter fände, daß aus den Akten schon der Beweis der Injurie folge und das Interlokut unnöthig sey, wer möchte behaupten, daß der Richter welcher den Beklagten definitiv verurtheilte, eine

15) Handbuch des gemeinen deutschen Prozesses 1. Thl. S. 270.

reformatio in pejus beginge, wenn er die Summe von 30000 Fl. auf 300 herabsetzte; gewiß kann man hier mit Reinhard behaupten, daß aus solchen Beweiserkenntnissen die Parthei kein Recht darauf erwerbe, daß ihr für den Fall des gelieferten Beweises auch die Summe zugesprochen sey, um welche sie in der Klage gebeten hat; entschieden enthielt das Beweisinterlokut den Vorbehalt der richterlichen Ermäßigung über die Summe, und der Beklagte welcher nicht appellirte, unterwarf sich dadurch nicht der Verurtheilung zu 30000 Fl. sondern setzte die eintretende richterliche Moderation voraus. 4) In den Fällen, in welchen das erste Urtheil auf Beweis erkennt, oder Beweis nachläßt, und nur der Kläger appellirt indem er glaubt, daß der Beklagte schon sogleich hätte verurtheilt werden sollen, hängt die Frage: ob der obere Richter wenn er die Auflegung des Beweises als unnöthig erkennt und findet, daß der Kläger ganz abzuweisen wäre z. B. in dem oben §. 1. N. 4. angeführten Injurienfalle, mit der bekannten Controverse[16]) zusammen, ob irrelevante Beweisinterlokute in Rechtskraft übergehen, und alle dort verhandelten Fragen gehören hierher. Unser Spruchcollegium ist beharrlich von der Ansicht ausgegangen, dann nicht zu reformiren, wenn der im ersten Urtheile aufgelegte Beweis sich unter der Voraussetzung daß der andere Theil sich diesen Beweis gefallen ließ, als relevant gedacht werden kann, und wenn aus den Verhandlungen z. B. der Appellationsexzeptionsschrift nicht hervorging, daß der Beklagte sich dem aufgelegten Beweise nicht habe unterwerfen wollen; so z. B. wurde in dem oben §. 1. N. 4. angeführten Falle nicht reformirt, weil unter der Voraussetzung daß der Kläger den

---

16) Meinen Aufsatz in diesem Archive I. Bd. S. 136. und in meiner Schrift: der gemeine deutsche Prozeß 2tes Heft S. 136. aber auch Gensler im Archive I. S. 362. und Götz in diesem Archive VI. Band nr. 7. Reinhard Handbuch des gemeinen bürgerl. Proz S. 268.

animus injuriandi nachweisen konnte auch die an sich rechtlich gleichgültige Handlung als Injurie zu betrachten war, und die Unterlassung der Appellation von Seite des Beklagten als eine Unterwerfung gelten konnte. 5) Wenn in dem ersten Urtheile überflüßige und irrelevante Eide aufgelegt wurden, und nur ein Theil appellirt, die andere Parthei aber die Irrelevanz gar nicht rügt, so gehört zur Entscheidung der Frage: ob reformatio in pejus erlaubt sey? die bestrittene Frage: ob überhaupt über irrelevante Punkte ein Eid geleistet werden dürfe? Man scheint hier zuviel mit einer allgemein gestellten Regel entscheiden zu wollen, wenn man behauptet,[17]) daß dann der Eid über irrelevante Punkte gelte, wenn die Partheien durch Vertrag von der eidlichen Erhärtung des irrelevanten Umstandes die Entscheidung abhängig gemacht haben, oder wenn dagegen andere behaupten[18]) daß durchaus nicht der Eid über irrelevante Punkte zuläßig sey und der Richter selbst ex officio in oberer Instanz ein darauf erkennendes Urtheil in pejus reformiren dürfe. Die Stelle worauf man sich gewöhnlich beruft[19]) gehört gar nicht hieher, indem sie überhaupt gegen das Vervielfältigen der Eide sich erklärt und es für unchristlich hält, wenn jemand über jede Kleinigkeit sogleich schwören will. Auch der von Einigen angegebene Grund, daß ja eine bei Gericht anhängige Streitsache von den Partheien durch Vergleich beendigt werden könne, also auch ein Vergleich unter der Bedingung eines abzuleistenden Eides geschlossen werden dürfe, sagt zuviel; denn in den meisten Fällen ist es eine petitio principii, wenn man aus dem Nichtappelliren die Absicht

17) Wie z. B. Grolmann Theorie des gerichtlichen Verf. §. 92. Gönner Handbuch II. Band S. 518. Glück Erl. der Pandekten XII. Band S. 211.

18) G. L. Böhmer de auctoritate judicis circa juram delatum §. 12. Malblank doctr. de jurejurando (edit. II.) p. 101. Kind quaest. forens. tom. III. p. 366 etc.

19) C. 26. X. de jurejur.

einen Vergleich einzugehen folgert, und kann man dieß auch, so folgt noch nicht, daß der Richter jeden bei Gericht vorkommenden von einer launenhaften Bedingung abhängig gemachten Vergleich so behandeln dürfe, als wenn ein Rechtsstreit fortdauert. Allerdings mögen die Partheien einen Vergleich eingehen, und ihn von Bedingungen und selbst von dem Loose abhängig machen, aber dann wird aus dem Prozesse eine Vergleichsverhandlung und dabei kann von keiner Rechtskraft und keinem Schriftenwechsel und von Rechtsmitteln die Rede seyn. Es dürften daher wohl mehrere Unterscheidungen gemacht werden. a) Wenn die Partheien ausdrücklich den ganzen Streit von einem gewissen Ende abhängig machen zu wollen erklären, so ist dieß gestattet, und die Partheien mögen daraus die actio und exceptio jurisjurandi ableiten [20]; allein ein Prozeß wird dann nicht fortdauern, und der Richter mag nun den Vergleich gerichtlich bestätigen. 6) Wenn dagegen eine Parthei während des Streits einen irrelevanten Eid über einen willkürlich hereingezogenen Punkt der anderen zuschiebt, und die andere den Eid auch annimmt, z. B. bei einer Injurienklage unter 2 Schriftstellern forderte Kläger daß Beklagter schwöre, er habe eine gewisse Rezension über eine Schrift des Klägers nicht geliefert, so kann der Richter in die Streitsverhandlungen diesen Eid nicht hereinziehen lassen und eine gerichtliche Eidesleistung als prozessualischer Act ließe sich nicht rechtfertigen; ein Dekret welches darauf erkennen würde, könnte nicht rechtskräftig werden, weil in diesem Falle, wo die Partheien über den Hauptpunkt fortstreiten, nicht einmal der Gesichtspunkt des Vergleichs paßte. c) Wenn die Partheien auf Eid es ankommen lassen wollen, während das Gesetz den Anspruch des Klägers als unbedingt unzulässig erkennt, ohne daß ein Eid nothwendig wäre, so kann auch der Richter den Eid

20) L. 28. §. 10. D. de jurejur. — Glück Erläuterung XII. B. S. 240.

nicht wegen angeblicher Uebereinkunft der Partheien gestat, ten und davon das Urtheil abhängig machen; in einem Falle klagt z. B. jemand aus einer Spielschuld, Beklagter läug, nete die Verpflichtung und verlangte daß Kläger schwöre; daß er ihn, den Beklagten, nicht im Spiele betrogen habe. Wenn auch der Kläger den Eid annimmt und ein Urtheil darauf erkennt, so ist doch der obere Richter nicht gebunden, weil die Klage an sich ohne Rechtsgrund war, und der Eid wenn er geschworen wird, rechtlich nicht nützen, und die Nichtleistung nichts schaden kann, da der Kläger juristisch mit der Klage immer abgewiesen werden muß. Sage man nicht, daß die Partheien ja über ihr Vermögen frei verfü, gen können; allerdings mag der Beklagte dem Kläger die Spielschuld zahlen und ihm soviel Geld schenken, aber der Richter darf nicht durch Urtheil dieser Schenkung die Form geben als wenn der Beklagte rechtlich verpflichtet gewesen wäre. d) Wenn die Eidesformel zwar im Ganzen relevant war, aber zuviel enthielt, was der Beklagte nicht zu be, schwören nöthig hatte z. B. gegen eine Schwängerungsklage erklärte im Exceptionstermine der Beklagte, er könne be, schwören, daß er sich niemals fleischlich mit Klägerin ver, mischt habe; der Eid würde nun in dieser Art zugeschoben, so mag wohl wenn das erste Gericht auf die Formel erkannte und der Beklagte in appellatorio dagegen sich nicht be, schwerte das obere Gericht die Formel belaßen, weil ja Be, klagter auf jeden Fall das was er wirklich juristisch beschwö, ren sollte, beschwört und das Uebrige, was er mehr beschwört, keinem Gesetze zuwider ist. e) Wenn im ersten Urtheile ein nothwendiger Eid aufgelegt ist, und der obere Richter, un, geachtet diejenige Parthei gegen welche der Eid zu leisten ist sich nicht beschwert, findet daß der Eid überflüßig ist, z. B. in den Fällen §. 1. no. 2 u. 3. so erklärt zwar auch hier die Praxis die Abänderung des Urtheils als unzuläßig und nennt sie reformatio in pejus, allein denkt man sich den Fall klar daß das vorige Urtheil nur auf den Grund der

dem vorigen Richter vorgelegten Beweise und nach dem Eindrucke welchen die Beweise auf ihn gemacht haben, erging, so muß man doch zweifeln ob nach Grundsätzen des Prozesses das Recht das Urtheil abzuändern bestritten werden kann, α) dadurch daß ein Theil appellirt hat und mit dem Urtheile, welches überhaupt noch einen Eid für zulässig hielt, unzufrieden sich erklärt, ist der ganze Fall, so weit über das Gewicht des geführten Beweises zu erkennen ist, an den oberen Richter devolvirt; es ist so anzusehen, als wenn von dem oberen Richter die Beweise noch einmal lebendig produzirt wären, damit der Richter selbst über den Werth der Beweise urtheile; wenn nun der obere Richter findet, daß gar keine Wahrscheinlichkeit aus den Beweisen hervorgehe, wie soll hier der Richter gehindert seyn, seine Ueberzeugung auszusprechen, oder wenn der obere Richter jetzt die dringendste Wahrscheinlichkeit begründet findet, um Erfüllungseid zu erkennen, wie soll ihn der Irrthum des vorigen Richters hindern dies zu thun? β) der Appellant kann auch kein Recht erworben haben, daß wenigstens das vorige Urtheil bleibe, denn der Punkt über die Art des aufzulegenden Eides ist ja connex mit dem Hauptpunkte über den geführten Beweis und das Gewicht desselben, da der Appellant den obern Richter zu entscheiden auffordert, ob nicht der vorige Richter den Beweis unrichtig beurtheilt habe, so muß er ihm die Freiheit geben, die Ueberzeugung auszusprechen, und er kann das Urtheil nicht in Theile auflösen, die von einander nicht getrennt werden können, sondern ein unzertrennliches Ganzes ausmachen. γ) Auch aus der Unterlaßung der Appellation von Seite des Gegners ist keine Rechtskraft abzuleiten, denn dieß erklärt sich theils auch daraus, daß der Appellat darauf rechnet, daß der Gegner nach aller Wahrscheinlichkeit doch appelliren werde und der Fall dann an das obere Gericht zur Entscheidung gelange, theils enthält das Nichtappelliren höchstens die Erklärung, daß Appellat für den äußersten Fall, wenn auch das obere Gericht den Eid als nothwendig erkenne,

schwören wolle. So möchte wohl die von angesehenen Praktikern [21]) angenommene Meinung die richtigste seyn, daß der obere Richter auch ex officio reformiren könne, wenn von dem unteren Richter überflüßige oder irrelevante Eide aufgelegt worden sind. Die entschiedene Rechtsansicht, daß überflüßige Eide nicht zugelassen werden sollen [22]) bestätigt diese Meinung eben so sehr als sie im Sinne der l. 39. Cod. de appellat. begründet ist.

6) Wenn das Urtheil erster Instanz einen Punkt ad separatum verwies, weil es ihn noch nicht hinreichend erledigt fand, und nur eine Parthei, deren Anspruch auf diese Art abgewiesen wurde appellirt, das obere Gericht aber findet, daß schon über den ad separatum verwiesenen Punkt definitiv entschieden werden kann und zwar Kläger abzuweisen sind, so spricht die Autorität eines hochgeehrten Gerichtshofes für das Recht des Obergerichts auch in pejus zu reformiren; die Allodialerben hatten nämlich bei der separatio feudi ab allodio ein Grundstück, welches die Lehnserben nützten, als allodium in Anspruch, das Gericht Imae verwies die Allodialerben damit ad separatum; das hannöverische Tribunal zweiter Instanz fand aber daß die Lehensqualität außer Zweifel sey, und erkannte daher, daß die Lehenserben von der Klage zu entbinden wären, [23]) gewiß mit Recht, da das Gericht IIdae doch nicht gegen seine Ueberzeugung einen Punkt als nicht liquid und zur Entscheidung reif aussprechen darf, wenn schon klar die Reife vorliegt; eine Zulassung eines fernern Prozesses wo der Richter schon jetzt entscheiden kann, wäre aber gegen die richterliche Pflicht, die Prozesse abzukürzen.

7) Auch dann, wenn das erste Urtheil entschieden die in

---

21) Pufendorf obs. II. no. 119. — Kind quaest. for. tom. II. p. 368.

22) C. 2 X. de probat.

23) Ramdohr jurist. Erfahrungen III. Thl. S. 540.

den connexen Akten vorkommenden Beweise unberücksichtigt ließ, und daher zum Nachtheile des Beklagten ein ungerechtes Urtheil fällte, kann das obere Gericht, wenn auch der Beklagte nicht appellirte, doch in pejus reformiren, und nach den zuvor unberücksichtigt gelassenen Beweisen erkennen.[24] In einem Falle war zwischen den Eingesessenen einer Dorfschaft und einem Nachbar Streit über Weidegerechtigkeit; die Eingesessenen behaupteten daß der Platz ihnen gehöre; der Beklagte behauptete in possessorio den langjährigen Gebrauch und bewies durch gehörig vernommene und classische Zeugen mehr als zur praescriptio longissimi temporis gehörte. Nachdem der Beklagte in possessorio gesiegt hatte, traten die Eingesessenen mit der negatorio actio auf. Der Richter erster Instanz ließ die Beweise des possessorii unberücksichtigt, und erkannte daß der Beklagte (also der in possessorio bewiesen hatte) zu beweisen schuldig sey. Das Oberappellationsgericht an welches die Kläger appellirten erkannte auf den Grund der Beweise in possessorio, daß die Kläger mit ihrer Klage abzuweisen seyen.

8) So oft das erste Urtheil einen prozessualischen Mangel, der wesentlichen Einfluß auf das Ganze hat, unbeachtet ließ, kann der obere Richter, wenn auch dieser Punkt von keiner Parthei gerügt wurde, ex officio immer über diesen Mangel erkennen und das vorige Urtheil abändern,[25] z. B. wenn es am Legitimationspunkte fehlt.

9) Wenn das erste Urtheil eine Klage welche völlig inept und unschlüssig war, zuließ und z. B. auf Beweis erkannte, der Kläger aber nur darüber appellirte daß nicht der Beklagte schon verurtheilt worden sey oder daß nicht das richtige Thema gewählt worden, so hindert nichts den Richter der zweiten Instanz, welcher die Klage als inept

24) Pufendorf observ. tom. II. p. 458.

25) Mevius decis. p. IV. dec. 51. — Cannegiesser dec. f. IV. dec. 106.

erkennt, auch jetzt die Klage völlig oder angebrachtermaßen abzuweisen, und das Vorurtheil mancher Gerichte, daß man möglichst schon zur Ehre des Richteramts die einmal zugelassene Klage aufrecht halten müsse, ist schon von der gewichtigen Stimme des Dresdener Appellationsgerichts niedergeschlagen worden. [26])

26) Kind quaest. jur. t. III. 385.

V.

Ueber die exceptio plus petitionis.

Vom Herrn Professor Dr. Gesterding zu Greifswald.

Die alten Rechtsgelehrten fanden ihre Freude daran, eine Menge Namen von Einreden zu erfinden, die sich bis auf unsere Zeiten erhalten haben. Es hat sich aber unter diesen Benennungen manches eingeschlichen, was keine wahre Einrede ist, indessen fortwährend dafür gilt, weil man sich nicht die Mühe nimmt, die Sache näher zu untersuchen. Dahin rechne ich die sogenannte exceptio plus petitionis. Die Rechtsgelehrten halten sie für eine dilatorische Einrede, welche so oft Statt findet, als der Kläger sich einer Zuvielforderung schuldig macht, mag er nun, nach den vier verschiedenen Arten die der §. 33. I. de act. unterscheidet, re oder tempore, loco oder causa zuviel begehren. Sie berufen sich zum Beweise, daß exceptio plus petitionis zu den Einreden und zwar den verzögerlichen gehöre, auf §. 10. I. de except. [1]), und legen ihr dieselbe Wirkung bei, welche an-

1) Zanger de except. Lib. 2. cap. XI. no. 1 et 2.